

**ESCOLA DA MAGISTRATURA DO PARANÁ
XXVI CURSO DE PREPARAÇÃO À MAGISTRATURA
NÚCLEO CURITIBA**

BRUNO FALTIN BERTOLDI

**A RETROATIVIDADE DOS LAPSOS TEMPORAIS PREVISTOS NA
LEI N° 11.464/2007**

**CURITIBA
2008**

BRUNO FALTIN BERTOLDI

**A RETROATIVIDADE DOS LAPSOS TEMPORAIS PREVISTOS NA
LEI N° 11.464/2007**

Monografia apresentada como Requisito parcial para a conclusão do Curso de Preparação à Magistratura em nível de Especialização. Escola da Magistratura do Paraná, Núcleo de Curitiba.

Prof. PhD José Laurindo de Souza Netto

**CURITIBA
2008**

TERMO DE APROVAÇÃO

BRUNO FALTIN BERTOLDI

A RETROATIVIDADE DOS LAPSOS TEMPORAIS PREVISTOS NA LEI N° 11.464/2007

Monografia aprovada como requisito parcial para a conclusão do Curso de Preparação à Magistratura em nível de Especialização, Escola da Magistratura do Paraná, Núcleo de Curitiba, pela seguinte banca examinadora.

Orientador: Prof. PhD José Laurindo de Souza Netto

Avaliador: Prof. _____

Avaliador: Prof. _____

Curitiba, ____ de dezembro de 2008.

RESUMO

A presente monografia pretende esclarecer porque os lapsos para progressão de regime previstos na Lei nº 11.464, de 29 de março de 2007, não retroagem para alcançar os fatos pretéritos à sua vigência. Para tanto, aborda-se a natureza e função da execução penal no sistema punitivo brasileiro. Também, para auxiliar na persecução do tema proposto, analisa-se seus princípios fundamentais, quais sejam, o princípio da reserva legal, jurisdicionalidade, *favor rei*, *tempus regit actum*, irretroatividade da lei penal, individualização da pena, humanidade e proporcionalidade. Outrossim, discorre-se sobre a sociedade pós-industrial, denominada sociedade de risco, como fonte do recrudescimento da norma penal e do Movimento da Lei e da Ordem em razão de sua influência na criação do sistema penal dos crimes hediondos. Quanto ao sistema da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, apresenta-se seus fundamentos constitucionais e suas implicações na execução penal, dentre elas a vedação à progressão de regime, lapsos diferenciados para livramento condicional, proibição de anistia, indulto e comutação de pena. Em razão do tema proposto, dá-se especial ênfase a vedação à progressão de regime, as críticas e o julgamento do *Habeas Corpus* nº 82.959 do Supremo Tribunal Federal que declarou a inconstitucionalidade da proibição. Após, a análise da própria Lei nº 11.464/2007, quando se discorre sobre a distinção entre lei penal e processual penal e a retroatividade da lei penal benéfica. Por fim, sob a perspectiva da irretroatividade da lei penal, aborda-se a lacuna legal deixada pelo julgamento do *Habeas Corpus* nº 82.959 e a possibilidade de conjugação de normas como possibilidade para solucionar a problemática apresentada.

Palavras-chave: Execução Penal, Crimes Hediondos, Progressão de Regime, Lapsos temporais, Irretroatividade da Lei Penal, Integração de Normas.

SUMÁRIO

| | |
|---|-----------|
| INTRODUÇÃO | 2 |
| 1. EXECUÇÃO PENAL E A SOCIEDADE DE RISCO | 5 |
| 1.1. NATUREZA E FUNÇÃO DA EXECUÇÃO PENAL..... | 5 |
| 1.2. PRINCÍPIOS..... | 8 |
| 1.2.1. Princípio da Legalidade ou da Reserva Legal..... | 9 |
| 1.2.2. Princípio da Jurisdicionalidade ou Oficialidade..... | 10 |
| 1.2.3. Princípio do Favor Rei ou Favor Libertatis..... | 12 |
| 1.2.4. Princípio do Tempus regit actum..... | 12 |
| 1.2.5. Princípio da Irretroatividade da Lei Penal..... | 14 |
| 1.2.6. Princípio da Individualização da Pena..... | 15 |
| 1.2.7. Princípio da Humanidade..... | 16 |
| 1.2.8. Princípio da Proporcionalidade..... | 17 |
| 1.3. A SOCIEDADE DE RISCO..... | 20 |
| 1.3.1. Aspectos da Sociedade de Risco..... | 21 |
| 1.3.2. O Movimento da Lei e da Ordem..... | 23 |
| 2. CONSIDERAÇÕES SOBRE A LEI DE CRIMES HEDIONDOS | 25 |
| 2.1. FUNDAMENTOS CONSTITUCIONAIS DA LEI N° 8.072/1990..... | 26 |
| 2.2. VEDAÇÃO E LIMITAÇÃO DE BENEFÍCIOS..... | 28 |
| 2.2.1. Progressão de Regime..... | 28 |
| 2.2.2. Livramento Condicional..... | 30 |
| 2.2.3. Anistia, Indulto e Comutação de Pena..... | 31 |
| 2.2.4. Remição de Pena..... | 33 |
| 2.2.5. A Vedação à Progressão de Regime da Lei n° 8.072/1990..... | 34 |
| 2.3. O HABEAS CORPUS 82.959 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL..... | 37 |
| 3. A LEI N° 11.464/2007 | 41 |
| 3.1. O ADVENTO DA LEI..... | 41 |
| 3.2. DISTINÇÃO ENTRE LEI PENAL E PROCESSUAL PENAL..... | 43 |
| 3.3. A RETROATIVIDADE DA LEI PENAL BENÉFICA..... | 45 |
| 3.3.1. A Lacuna Provocada pelo Habeas Corpus n° 82.959..... | 46 |
| 3.3.2. A Conjugação de Normas..... | 48 |
| CONSIDERAÇÕES FINAIS | 51 |
| REFERÊNCIAS | 53 |

INTRODUÇÃO

O objeto desse estudo comporta a análise dos lapsos temporais para a progressão de regime, estabelecidos pela Lei nº 11.464, de 28 de março de 2007, cujo conteúdo foi a modificação da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, no que se refere a vedação da progressão de regime aos condenados por crimes estampados como hediondos.

A relevância desse tema decorre da repercussão social relativa aos crimes considerados hediondos. A Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, que dispõe sobre os crimes hediondos, estabelecia que os condenados pelos crimes elencados em seu texto não seriam beneficiados pela progressão de regime, devendo cumprir a reprimenda imposta integralmente em regime fechado.

Contudo, em 23 de fevereiro de 2006 o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do *Habeas Corpus* nº 82.959, declarou a inconstitucionalidade da referida vedação, autorizando a progressão de regime ao paciente do *writ*.

Após essa decisão, sistematicamente os juízes de execução penal, assim como os respectivos Tribunais foram reconhecendo a inconstitucionalidade da vedação prevista na Lei dos Crimes Hediondos, concedendo progressão de regime nos termos do precedente do Supremo Tribunal Federal.

E, tendo em vista a inexistência de qualquer norma estabelecendo lapso temporal diferenciado aos condenados por crimes hediondos, restou estabelecido que o tempo mínimo para o pleito de progressão de regime seria o mesmo para os condenados por crimes comuns, ou seja, um sexto da pena no regime anterior, consoante previsão do artigo 112 da Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984, que dispõe sobre a execução penal.

Diante dessa dissonância – qual seja, adotar o mesmo critério de tempo para os condenados por crimes comuns e aqueles condenados por crimes equiparados à hediondo – o Poder Legislativo elaborou a Lei nº 11.464, de 28 de março de 2007, na qual estabeleceu a possibilidade de progressão aos condenados por crimes hediondos, de acordo com a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, mas, também, estabeleceu o lapso mínimo superior para a realização do pedido: dois terços para primários e três quintos para reincidentes.

E nesse momento a celeuma se estabelece, pois mister estabelecer-se a natureza jurídica do lapso temporal, afim de se apurar se se trata de direito penal material, o qual não retroagirá salvo para beneficiar o réu ou direito processual penal, norma responsável por regulamentar o processo e os procedimentos, de aplicação imediata.

O fundamento teórico dessa pesquisa corresponde à análise do instituto da execução penal e do incidente de progressão de regime, com especial ênfase à Lei nº 11.464/2007. Referido objeto de estudo advém do direito à individualização da pena, consagrado no inciso XLVI, do artigo 5º da Constituição Federal, pela qual assegura-se que após:

Iniciada a execução no regime fixado na sentença, mediante decisão do magistrado encarregado da execução, o sentenciado poderá passar a cumprir sua pena privativa de liberdade, em regime menos gravoso. Essa promoção se dará obedecido o requisito temporal do cumprimento de, no mínimo, um sexto da pena no regime anterior (...) (GOULART, 1994, p. 79).

Ocorre que, até o ano de 2006, aos condenados por crimes hediondos era vedada a progressão de regime em razão da antiga redação da Lei nº 8.072/1990, que dispunha sobre os crimes hediondos, diploma amplamente

criticado pela doutrina, uma vez que a vedação:

Contraria, de modo frontal, o consagrado sistema de execução da pena, violando as regras do Código Penal e da Lei de Execução Penal. É indubitável que a progressividade do regime se liga à própria pena, incentivando o condenado à correção de sua conduta, levando-o a ter um comportamento ordeiro para que obtenha inserção no meio social. . (BEMFICA, 1995, p. 227).

Para desenvolver um estudo acerca da atividade temporal dos lapsos temporais estabelecidos pela Lei nº 11.464/2007, num primeiro momento, buscará se estabelecer sua natureza jurídica.

Essa necessidade primária decorre da possibilidade de se compreender a execução penal e, por conseqüência, o instituto da progressão de regime, como direito material penal ou processual penal, pois, se a progressão de regime for comparada com o livramento condicional, seria então “direito público subjetivo do réu” (KUEHNE, 1998, p. 95), no entanto, se a progressão de regime for compreendida como uma etapa da execução penal, limitando-se a mero procedimento judicial, consoante prevê o artigo 112 da Lei nº 7.210/1984, sua natureza poderia ser de direito processual.

Essa distinção, aparentemente irrelevante, fomenta a intenção dessa pesquisa, uma vez que de acordo com a definição jurídica encontrada, diferentes serão os reflexos no que tange a atividade temporal dos lapsos estabelecidos pela Lei nº 11.464/2007, vez que norma material é irretroativa, salvo em benefício do réu, enquanto o norma processual seria de aplicação imediata.

1. EXECUÇÃO PENAL E A SOCIEDADE DE RISCO

Considerando que o objeto desse estudo implica a análise dos lapsos temporais para progressão de regime, necessário é explorar o instituto da execução penal, delimitando sua natureza e apresentando os princípios que orientam sua atividade no sistema jurídico.

Não obstante, tendo em vista que a execução penal é o instrumento pelo qual o Estado exerce o poder punitivo sobre o delinqüente, esse ramo do direito exerce reflexo na sociedade, razão pela qual se buscará correlacionar as expectativas da sociedade moderna com as normas de execução penal, pois dessa relação decorre a próprio objeto desse estudo.

1.1. NATUREZA E FUNÇÃO DA EXECUÇÃO PENAL

A execução penal é o instrumento sob a tutela do Estado para o exercício da sanção penal. No entanto, quanto a sua natureza, tem-se que a execução penal é complexa, pois

(...) não se confina no terreno do direito administrativo e a matéria é regulada à luz de outros ramos do ordenamento jurídico, especialmente o direito penal e o direito processual. Há uma parte da atividade da execução que se refere especificamente a providência administrativa e que fica a cargo das autoridades penitenciárias e, ao lado disso, desenvolve-se a atividade do juízo da execução ou atividade judicial da execução. (MIRABETE, 2004, p. 20)

Ou seja, no âmbito da execução penal há atividade administrativa,

correspondente a supervisão e coordenação dos estabelecimentos penais e a guarda dos presos e, simultaneamente, atividade judiciária, concernente na concessão, revogação de benefícios e a resolução de eventuais incidentes no curso da execução. Contudo, na doutrina, tem-se “que a execução penal é de natureza jurisdicional, não obstante a intensa atividade administrativa que a envolve” (MARCÃO, 2005, p. 2).

Ainda sob o aspecto da natureza da execução penal, verifica-se que essa disciplina é um desdobramento do direito penal e processual penal, assessorando aquele sem, contudo, deixar claro ser a execução penal norma material ou processual.

Argumenta-se no sentido que a execução seria de ordem processual, pois:

A aplicação dos princípios e regras do Direito Processual Penal constitui corolário lógico da integração existente entre o *direito de execução das penas e das medidas de segurança* e os demais ramos do ordenamento jurídico, principalmente os que regulam em caráter fundamental ou complementar os problemas postos pela execução. (MARCÃO, 2005, p. 5-6)

Enquanto, também, é possível reconhecer-se “que muitas de suas normas têm caráter material e que na Constituição Federal e no Código Penal estão consagradas regras características da execução penal” (MIRABETE, 2004, p. 23), dentre elas a vedação à prisão arbitrária, a pena de morte, prisão perpétua, prisão por dívida, a execução penal também se consagra por ser um instrumento para efetivar as disposições da sentença, através dos procedimentos em seu texto previsto, o que implica numa natureza processual.

Sob o ponto de vista do legislador, a execução penal caracteriza-se como um ramo autônomo, pois “deixa de ser um Livro do Código de Processo Penal para ingressar nos costumes jurídico do País com a autonomia inerente à

dignidade de um novo ramo jurídico: O Direito da Execução Penal”¹

A função da execução penal, por sua vez, é estabelecida no artigo primeiro da Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984, na qual tem-se que é atribuição da execução penal “efetivar as disposições da sentença ou decisão criminal” enquanto proporcionará “condições para a harmônica integração social do condenado”.

Tendo como função primordial a ressocialização, a exigibilidade da sentença condenatória penal decorre da função da pena, a qual compreende três teorias: a primeira, denominada absoluta² ou retribucionistas compreende a pena como um castigo, uma retribuição pelo mal praticado; a teoria relativa ou utilitarista, por sua vez, interpreta a pena como instrumento de prevenção, retirando o criminoso do convívio social (prevenção geral), enquanto, simultaneamente, no cárcere, se oportuniza a adoção de medidas para ressocializar o delinqüente (prevenção especial³); e, por fim, a teoria mista, eclética ou intermediária, a qual interpreta a pena no sentido de retribuição, sob o aspecto moral, ampliando o sentido de simples prevenção para uma mistura entre educação e correção (MIRABETE, 2004, p. 24-25).

Nesse sentido, Renato Marcão (2005, p. 1) arremata:

A execução penal deve objetivar a integração social do condenado ou do internado, já que adotada a teoria *mista* ou *eclética*, segundo a qual a natureza retributiva da pena não busca apenas a prevenção, mas também a humanização. Objetiva-se, por meio da execução, punir e humanizar.

1 Exposição de Motivos da Lei nº 7.210/1984, item 12.

2 Relevante destacar que a teoria absoluta é criticada pela carência de elementos empíricos que demonstrem a retribuição do crime pela pena e é fictícia a idéia de supressão do mal provocado pelo delito com a imposição da pena, pois na realidade o mal da pena soma-se ao mal do delito (BACIGALUPO, 1994, p. 19).

3 Em outras palavras: “A prevenção especial tem em vista o indivíduo, refere-se ao delinqüente. O aspecto negativo da prevenção especial consiste na intimidação do agente, na sua inocuidade para que não volte a delinqüir. Já o aspecto positivo refere-se à socialização, à reeducação ou à correção. A pena tem o fim de readaptar o indivíduo à vida social” (BARROS, 2001, p. 57).

Ou seja, o sistema brasileiro, pela previsão da Lei de Execução Penal, adota a idéia de ressocialização do condenado, contudo, o Direito Penal, como etapa anterior a execução de pena, busca a prevenção da criminalidade, de forma que, ainda que a construção teórica implique em nobres funções para a execução penal, crime e sanção caminham juntos e em razão disso “a cominação, a aplicação e a execução da pena devem ter caráter intimidativo, de modo geral ou particular, a fim de evitar-se, tanto quanto possível, a ocorrência delituosa” (MIRABETE, 2004, p. 27), aspecto que será explorado ao término desse capítulo, com a análise da sociedade do risco.

Concluindo esse tópico, tem-se que a execução penal exerce a função própria de corrigir e ressocializar, instrumentalizando uma política de prevenção ao crime, sem, no entanto, relacionar-se explicitamente como norma penal material, processual penal ou efetivamente um ramo autônomo do Direito, como pretendeu o legislador na exposição de motivos da lei. Ainda, em razão dessas características impõe-se a observância de alguns princípios, os quais serão a seguir descritos.

1.2. PRINCÍPIOS

O ramo do direito penal, incluído nessa área o direito processual e de execução penal, foram criados antes da promulgação da Constituição de 1988 e, em razão disso, refletem em seu conteúdo o pensamento de sua época.

A assembléia constituinte de 1988 consolidou na redação da então nova Constituição o Estado Democrático de Direito, fundado no bem estar social, o que resultou num conjunto de princípios que influenciaram a interpretação de todo o ordenamento recepcionado pelo Estado novo.

Essa influência implica em observar a legislação anterior à Constituição de 1988 sob sua ótica. Pois, “dos princípios que informam o Estado Democrático de Direito inseridos na Carta Magna Brasileira são extraídos os elementos de política criminal, aos quais está o legislador infraconstitucional subordinado” (SOUZA NETTO, 2003, p. 16).

Em razão disso, pertinente é a introdução desses princípios que interferem na interpretação das normas de execução penal, processo penal e direito penal material.

1.2.1. Princípio da Legalidade ou da Reserva Legal

O princípio da legalidade, em âmbito geral, compreende a idéia que “não haverá crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”, conforme dispõe o inciso XXXIX, do artigo 5º da Constituição Federal.

Nele está expresso a impossibilidade de se impor crime ou pena a condutas que não tenham sido previamente indicadas como tais por lei⁴ (UBIETO, 1981, p.316), conteúdo consagrado pela expressão latina *nullum crimen, nulla*

4 Tradução livre do texto: “Este principio, que expresa la imposibilidad de considerar delito o pena a imponer a aquellas condutas y castigos que no hayan sido previamente señaladas como tales por una ley (...)”

poena sine lege.

Segundo Cezar Roberto Bitencourt (2002, p. 10) esse princípio consagra uma limitação ao poder punitivo do Estado, é regra que se impõe sem que se admita qualquer forma de desvio ou exceção.

No âmbito da execução penal o princípio da legalidade é compreendido como uma “garantia executiva, que na doutrina tem-se denominado de *princípio de legalidade da execução penal* (...)” (MIRABETE, 2004, p. 30), pela qual limita-se a atividade executiva da sanção penal às disposições legais.

A exposição de motivos da Lei de Execuções Penais informa que o princípio da legalidade “domina o corpo e o espírito da lei, de forma a impedir que o excesso ou o desvio da execução comprometam a dignidade e a humanidade do Direito Penal”⁵, ou seja, trata-se de um fundamento do Estado de Direito, pelo qual impede-se o arbítrio daqueles no exercício do poder, exigindo uma atuação na forma e limites impostos pela lei na atividade pública (SOUZA NETTO, 2003, p. 45).

1.2.2. Princípio da Jurisdicionalidade ou Oficialidade

Assim como a Constituição impõe a reserva legal, o sistema brasileiro consagra a jurisdicionalidade da execução penal, conforme previsão do artigo segundo, *caput*, da Lei nº 7.210/84, que enuncia a existência da jurisdição penal e um processo de execução.

5 Exposição de Motivos da Lei nº 7.210/1984, item 19.

O modelo nacional equipara-se ao alemão, que justifica a jurisdicionalidade da execução penal pelo brocardo *jurisditio sine executione esse non potest*, diferente do sistema italiano e francês, os quais tem a execução penal como uma atividade administrativa, episodicamente jurisdicionalizada (MIRABETE, 2004, p. 31).

A oficialidade decorre do “monopólio estatal do direito de punir”, pois “após a ocorrência de um fato delituoso nasce para o Estado o direito/dever de punir, sendo a persecução penal impulsionada pelo interesse público” (SOUZA NETTO, 2003, p. 43), a qual inclui a etapa executiva das sanções impostas pelo Estado, o que implica numa atividade eminentemente jurisdicional.

Pelo princípio constitucional da legalidade (ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei), pode submeter-se à restrição de liberdade o condenado, pela ação do Estado, nos termos da condenação, mas o princípio da proteção judiciária (a lei não pode excluir da apreciação do Poder Judiciário nenhuma lesão de direito individual) implica a juridicidade da liberdade residual não atingida pela lei. (MIRABETE, 2004, p. 32)

Ou seja, ainda que imposta a sanção penal ao indivíduo, ele permanece como sujeito de direitos, cujas lesões ou ameaças aos direitos que remanesceram permanecem sob o crivo do judiciário.

“A jurisdicionalização da execução penal atribui a juízes e tribunais uma função central no processo executivo, de caráter prevalentemente jurisdicional, o que retira poderes da esfera administrativa, mas não a exclui” (LEITE; CANELA, 2007, p. 1).

1.2.3. Princípio do *Favor Rei* ou *Favor Libertatis*

O princípio do *favor rei* é freqüentemente visitado no âmbito do processo penal, pois corresponde ao exercício da interpretação mais benéfica em favor do acusado. Tem-se pelo princípio do *favor libertatis* que “a dúvida sempre beneficia o acusado. Se houver duas interpretações, deve-se optar pela mais benéfica (...)” (CAPEZ, 2002, p. 39)

E ainda que mais presente na disciplina processual, nada obsta sua aplicação nos limites da execução penal, pois, de acordo com o já visto, o cumprimento da pena implica num procedimento – de natureza também processual – adstrito à legalidade e sujeito ao crivo jurisdicional, pelo qual em havendo duas interpretações a serem seguidas, deve-se optar pela mais benéfica ao condenado.

Como um desdobramento do princípio da reserva legal, o *favor libertatis* implica numa idéia de intervenção mínima do Estado sobre o cidadão, de forma que atua em qualquer etapa do processo penal assegurando a interpretação normativa mais benéfica ao indivíduo.

1.2.4. Princípio do *Tempus regit actum*

O princípio do tempo rege o ato é outro relacionado ao processo penal,

cujo conteúdo está explícito em seu enunciado, ou seja, o ato a ser realizado sujeita-se às normas vigentes ao momento de sua realização.

Fernando Capez (2002, p. 48) esclarece que a eficácia das normas processuais brasileiras estão sujeitas às regras gerais do direito intertemporal, constantes na Lei de Introdução ao Código Civil, qual seja, terá efeito imediato e geral, findo o prazo da *vacatio legis*.

E continua, no sentido que “o legislador pátrio adotou o princípio da aplicação imediata das normas processuais, sem efeito retroativo, uma vez que, a retroatividade anularia os atos anteriores, o que não ocorre” (CAPEZ, 2002, p. 48)

Ou seja, corresponde a regra estampada no artigo 2º, do Código de Processo Penal, qual seja: “A lei processual penal aplicar-se-á desde logo, sem prejuízo da validade dos atos realizados sob a vigência da lei anterior”.

O dilema ocorre quando a nova regra engloba normas de natureza material e processual e, nesse sentido, tem-se que:

(...) se a norma processual penal possuir também caráter material penal, aplicar-se-ão, quanto a sua disciplina intertemporal, as regras do art. 2º e parágrafo único do Código Penal, recepcionadas pelo art. 5º, XL, da Constituição Federal; em outras palavras, atribuir-se-á efeito retroativo ao dispositivo que for mais favorável ao réu. (CAPEZ, 2002, p. 49)

Ou seja, se a lei superveniente englobar questões de ordem material e processual, simultaneamente, prevalecerá sua natureza penal material, sendo seus efeitos sujeitos ao princípio da irretroatividade da lei penal, ou retroatividade, caso benéfica ao indivíduo, conforme analisar-se-á a seguir.

1.2.5. Princípio da Irretroatividade da Lei Penal

Ao contrário do princípio do *tempus regit actum* anteriormente explicitado, o princípio da irretroatividade atine às questões de direito penal material. Segundo esse princípio a norma penal não retroagirá para atingir fatos anteriores a sua vigência.

Na doutrina, sobre a nova lei prejudicial, tem-se que:

Novation legis in pejus – Lei posterior, que de qualquer modo agravar a situação do sujeito, não retroagirá (art. 5º, XL, da CF). Se houver um conflito entre duas leis, a anterior será ultra-ativa, por sua benignidade, e a posterior será irretroativa, por sua severidade. (BITENCOURT, 2002, p. 108)

Ou em outras palavras, em sendo a lei superveniente maléfica ao acusado, a lei revogada perpetuará seus efeitos em razão de sua complacência.

No entanto, em sendo a lei nova benéfica ao indivíduo, essa terá seus efeitos estendidos para alcançar os fatos ocorridos antes de sua vigência. Nesse sentido, continua Cezar Roberto Bitencourt (2002, p. 108):

Novatio legis in melius – Pode ocorrer que a lei nova, mesmo sem descriminalizar, dê tratamento mais favorável ao sujeito. Mesmo que a sentença condenatória encontre-se em fase de execução, prevalece a *lex mitior* que, de qualquer modo, favorecer o agente, nos estritos termos do parágrafo único do art. 2º do CP.

Isto posto, verifica-se que a lei penal, sob o aspecto temporal, orienta-se pela irretroatividade das normas supervenientes, salvo nos casos em que a nova lei favoreça o indivíduo, quando então retroagirá, inclusive durante a fase a execução.

A questão que envolve o caso de parte da nova norma dispor

favoravelmente e outra parte ser desfavorável, por relacionar-se intrinsecamente com o tema dessa pesquisa, será analisado no último capítulo, pela combinação de outros elementos a serem aduzidos no decorrer da explanação.

1.2.6. Princípio da Individualização da Pena

O princípio da individualização da pena está consagrado no inciso XLVI, do artigo 5º, da Constituição Federal. Segundo Alberto Silva Franco (2005, p. 163): “Tal princípio garante, em resumo, a todo cidadão, condenado num processo-crime, uma pena particularizada, pessoal, distinta e, portanto, inextensível a outro cidadão, em situação fática igual ou assemelhada”.

Para se alcançar esse propósito de particularizar a pena, a individualização se desenvolve em três etapas distintas: a primeira consiste na atividade legislativa, na qual o legislador estabelece as condutas que pretende criminalizar assim como o intervalo mínimo e máximo de pena referente ao delito capitulado; num segundo momento, individualizará a pena o magistrado quando for dosar a condenação imposta ao indivíduo, consoante estabelece o artigo 68º, do Código Penal e; por fim, a terceira etapa consiste na análise do comportamento na fase de execução da pena.

Carmen Silvia de Moraes Barros (2001, p. 109) assim corrobora:

O direito penal enfrenta o indivíduo ameaçando, impondo e executando

6 *Ipsis litteris*: "A pena-base será fixada atendendo-se ao critério do art. 59 deste Código; em seguida serão consideradas as circunstâncias atenuantes e agravantes; por último, as causas de diminuição e de aumento."

penas e esses distintos estágios de sua realização se estruturam uns sobre os outros, cada etapa recebendo os princípios da precedente. Daí afirmar-se que a individualização da pena é feita em três momentos distintos, porém integrados, quais sejam: da individualização legislativa, da individualização judicial e da individualização executória.

Também Cezar Roberto Bitencourt (2002, p. 549):

Essa orientação, conhecida como individualização da pena, ocorre em três momentos distintos: *individualização legislativa* – processo através do qual são selecionados os fatos puníveis e cominadas as sanções respectivas, estabelecendo seus limites e critérios de fixação da pena; *individualização judicial* – elaborada pelo juiz na sentença, é a atividade que concretiza a individualização legislativa que cominou abstratamente as sanções penais, e, finalmente, *individualização executória*, que ocorre no momento mais dramático da sanção criminal, que é o de seu cumprimento. (BITENCOURT, 2002, p. 549)

No que concerne essa pesquisa, tem-se que a individualização na sua terceira etapa corresponde a adequação da execução penal, realizada através dos incidentes de unificação de penas, progressão de regime, livramento condicional e comutação ou indulto da pena, por exemplo. Não obstante, tendo em vista sua natureza constitucional a individualização constitui garantia fundamental do indivíduo, implicando sua observância na fase legislativa, judicial e executória.

1.2.7. Princípio da Humanidade

O princípio da humanidade está consagrado nos incisos III⁷ e XLVII⁸, do artigo 5º, da Constituição Federal, pelo qual se “determina que toda pessoa

7 *Ipsis litteris*: “ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante;”

8 *Ipsis litteris*: “não haverá penas: a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX; b) de caráter perpétuo; c) de trabalhos forçados; d) de banimento; e) cruéis;”

condenada será tratada humanamente e com o respeito devido á dignidade a todos inerente” (BARROS, 2001, p. 133).

Por esse princípio a tem-se “que o homem nunca deverá ser tratado como meio, mas somente como fim, como pessoa”, o que implica numa valorização da pessoa em detrimento da pena imposta, revela-se, também, como proibição à pena de morte, de maus-tratos, cruéis, degradantes, de servidão ou trabalhos forçados (BARROS, 2001, p. 133).

Em síntese, resguarda a dignidade do indivíduo perante o poder punitivo do Estado, sua manutenção como pessoa desvinculada do delito cometido.

1.2.8. Princípio da Proporcionalidade

A proporcionalidade é um importante princípio na atividade jurisdicional brasileira, pois se destaca como instrumento de controle, limitação do exercício do poder, com o objetivo de evitar arbitrariedades (HENRIQUES FILHO, 2008, p. 208).

Como proporcionalidade:

entende-se o que se mostra de uma relação de igualdade ou de semelhança entre várias coisas. É o que está em proporção, isto é, apresenta a disposição ou a correspondência devidas entre as partes e o seu todo. A proporcionalidade, assim, revela-se numa igualdade relativa, conseqüente da relação das diferentes partes de um todo já comparadas entre si. (SOUZA NETTO, 2003, p. 62-63)

É um dos princípios de maior repercussão no âmbito constitucional e se relaciona intrinsecamente com os direitos fundamentais. Esse princípio advém do

Direito Administrativo e, por meio da doutrina e jurisprudência, converteu-se em princípio constitucional.

Paulo Bonavides (2001, p. 362-363) anota que:

Contribui o princípio notavelmente para conciliar o direito formal com o direito material em ordem a prover exigências de transformações sociais extremamente velozes, e doutra parte juridicamente incontroláveis caso faltasse a presteza de novo axioma constitucional. Debaxo de certos aspectos, a regra da proporcionalidade produz uma controvertida ascendência do juiz (executor da justiça material) sobre o legislador, sem chegar todavia a corroer ou abalar o princípio da separação dos poderes.

Ou seja, o princípio da proporcionalidade é um princípio não escrito, cuja existência é a de princípio geral de direito e sustenta-se independente do texto constitucional, eis que pertence à natureza e essência do Estado de Direito (BONAVIDES, 2001, p. 364).

Existem vários sinônimos para a expressão proporcionalidade, como adequação, meio mais suave, menor intervenção possível, meio mais moderado, necessidade, conformidade e proibição de excesso.

A aplicação intensiva e extensiva do princípio da proporcionalidade em grau constitucional num determinado ordenamento jurídico, como aparelho de salvaguarda dos direitos fundamentais para frear a ação limitativa que o Estado impõe a esses direitos, por via das reservas de lei consagradas pela própria ordem constitucional, suscita de necessidade o grave problema do equilíbrio entre o legislativo e o Judiciário. Um inadvertido e abusivo emprego daquele princípio poderá comprometer e abalar semelhante equilíbrio. (BONAVIDES, 2001, p. 382)

Como dito, a finalidade do princípio da proporcionalidade é a solução do conflito quando do antagonismo entre princípios, revelando-se:

(...) um princípio constitucional com expressão da pretensão geral de liberdade frente ao Estado, pois atua como meio de proteção do *status civitatis*, estabelecendo limites à intervenção estatal, somente justificada quando não ultrapassa o estritamente necessário à consecução do fim pretendido. (SOUZA NETTO, 2003, p. 64).

Todavia, há que se considerar a cautela na utilização desse princípio, vez que a demasia pode provocar a distorção na interpretação das normas constitucionais.

(...) o princípio da proporcionalidade é hoje axioma do Direito Constitucional, corolário da constitucionalidade e cânone do Estado de Direito, bem como regra que tolhe toda a ação ilimitada do poder do Estado no quadro de juridicidade de cada sistema legítimo de autoridade. A ele não poderia ficar estranho, pois, o Direito Constitucional brasileiro sendo, como é, princípio que embarga o próprio alargamento dos limites do Estado ao legislar sobre matéria que abrange direta ou indiretamente o exercício da liberdade e dos direitos fundamentais, mister se proclamar a força cogente de sua normatividade. (BONAVIDES, 2001, p. 397)

Em síntese, a concepção do princípio da proporcionalidade advém da idéia que dentro um sistema construído por diversos princípios, eventualmente, alguns deles venham a se colidir e, tendo em vista que inexistente hierarquia entre os eles, impossível a sobreposição de um sobre outro. A solução implica a necessidade de redimensioná-los, numa equalização realizada através da ponderação sobre os valores ou interesses envolvidos na questão, mitigando-se superficialmente um pelo outro, mas sem a aniquilação de qualquer deles (HENRIQUES FILHO, 2008, p. 207-208).

Por fim, uma vez vistos os princípios que orientam a atividade legislativa-jurisprudencial da execução penal, sob a perspectiva de ramo autônomo e derivado do direito penal material e processual, assim como aduzida a latente função preventiva e coercitiva do próprio instituto, relevante é analisar a influência da sociedade, compreendida como vítima e destinatária dos indivíduos reformados pela execução penal, como elemento determinante da política criminal.

1.3. A SOCIEDADE DE RISCO

A sociedade moderna caracteriza-se pela grande concentração de pessoas em centros urbanos e pelo desenvolvimento tecnológico que, em conjunto, modificaram a forma como os indivíduos se relacionam, consomem e se comportam.

A doutrina estrangeira define essa nova sociedade:

Aunque puede hablarse de una cierta diversidad en la delimitación teórica de la sociedad del riesgo que permite referirse a distintos modelos, en parte complementarios entre sí, según la caracterización que el acuñador del término “sociedad del riesgo” propone, en las sociedades postindustriales desarrolladas las implicaciones negativas del desarrollo tecnológico y del sistema de producción y consumo adquieren entidad propia y amenazan de forma masiva a los ciudadanos, ya que ello propicia la aparición de “nuevos” riesgos de tal magnitud – especialmente de origen tecnológico –, que determina un cambio de época desde la sociedad industrial a un nuevo tipo macrosociológico: el de la sociedad del riesgo.⁹ (BUERGO, 2001, p. 25)

Ou seja, essa sociedade é aquela que sofre as conseqüências do desenvolvimento industrial e tecnológico, que se sente insegura frente aos desdobramentos de sua capacidade auto-destrutiva e da complexidade de suas relações interpessoais. A sociedade de risco é relevante pois fundamenta a corrente de recrudescimento da norma penal, razão pela qual terão suas características abordadas a seguir.

9 Tradução livre: Ainda que se possa falar em uma certa diversidade de definições teóricas para as sociedades de risco, verifica-se que os modelos complementam-se entre si, constituindo aspectos que firmam uma expressão “sociedade de risco”, a qual se caracteriza como uma sociedade pós-industrial, que em razão do desenvolvimento tecnológico e do sistema de produção e consumo, sofre com as implicações negativas desse desenvolvimento, pois adquire personalidade própria, decorrente do aparecimento de “novos” riscos – especialmente de origem tecnológica – através dos quais surge uma grande capacidade de se atingir grandes grupos de pessoas, resultando numa mudança entre o modelo de sociedade industrial para um novo tipo sociedade: a do risco.

1.3.1. Aspectos da Sociedade de Risco

A moderna sociedade, denominada de sociedade de risco, caracteriza-se por três aspectos. O primeiro deles corresponde a “capacidade de auto destruição coletiva”, decorrente da evolução tecnológica e da globalização das relações (BUERGO, 2001, p. 26-27). Esse aspecto relaciona-se com desenvolvimento de técnicas capazes de provocar o extermínio coletivo, como a tecnologia nuclear, genética ou química, as quais são desenvolvidas em diversos locais do planeta, de forma descentralizada. Não obstante, referidas tecnologias, em razão da intensa conexão entre os povos, transitam entre diversas nações, expondo indiscriminadamente as pessoas aos seus riscos.

Por conseguinte, o segundo aspecto da sociedade pós-industrial é a “complexidade do liame das relações de responsabilidade”, decorrente do incremento nas relações que dão causa ao risco supra descrito (BUERGO, 2001, p. 28-29). Essa complexidade torna-se relevante pois no processo de elaboração de novas tecnologias existe a contribuição de diversas pessoas, as quais, não raramente, atuam em pequena parcela do desenvolvimento, dificultando sobremaneira a delimitação da responsabilidade de cada envolvido. Esse aspecto corresponderia a identificar a responsabilidade daquele que contribuiu para o desenvolvimento de uma modificação genética ou desenvolvimento de pesticida químico que, algum tempo depois de ingressar no mercado, se revela a causa de epidemia ou doença. Em razão da complexidade do processo de criação, cada

contribuinte do produto final não identifica em sua conduta perigo ou risco de lesão.

Por fim, o último aspecto da sociedade do risco, de especial relevância para o presente estudo, corresponde à “sensação subjetiva de insegurança”, cujo título é auto-explicativo e que pode existir independente da presença de perigos reais (BUERGO, 2001, p. 30). Tem-se que:

(...) se parte de una sociedad cuyos miembros viven más seguros que nunca pero que, paradójicamente, tienen una creciente sensación de inseguridad. Resulta, por tanto, digno de destacar-se ya aquí, que la demanda específicamente normativa de seguridad busca no sólo la protección objetiva frente a riesgos y peligros, sino la posibilidad de asegurar además de esa protección, la confianza o seguridad en ella, de modo que precisamente en base a tal convencimiento, sea posible sentirse libre de temores.¹⁰ (BUERGO, 2001, p. 30-31)

A sociedade do risco sofre de insegurança e em razão disso exige do Estado um comportamento ofensivo no combate a esse sentimento.

El binomio riesgo-inseguridad y, por tanto, la aversión al riesgo con la consiguiente aspiración a la seguridad, hace que los individuos reclamen de manera creciente del Estado la prevención frente al riesgo y la provisión de seguridad. Se dice que una sociedad del riesgo si por algo se caracteriza es por tener una necesidad de seguridad siempre en aumento, así como de procurar *sensaciones* o impresiones de seguridad.¹¹ (BUERGO, 2001, p. 31)

Ou seja, a sociedade de risco almeja não somente estar segura, mas sentir-se protegida. O reflexo dessa pretensão é, no âmbito particular, a blindagem de casas e veículos, expansão do mercado de segurança particular e, no ambiente público, pleitear junto às autoridades policiamento ostensivo e o

10 Tradução livre: Parte-se de uma sociedade cujos membros vivem mais seguros do que nunca, mas, paradoxalmente, tem um crescente sentimento de insegurança. Em razão disso, há um incremento da legislação relativa à segurança, que não visa exclusivamente a defesa objetiva frente aos risco e perigos, mas buscam além dessa proteção tutelar a confiança e segurança, como se fosse possível libertar-se do medo.

11 Tradução livre: O binômio risco-insegurança e, por consequência, a aversão ao risco e a aspiração por segurança, faz com que os indivíduos cada vez mais reclamem ao Estado a prevenção ao risco e a garantia de segurança. Diz-se que uma sociedade de risco se caracteriza por uma necessidade crescente de segurança, assim como de sensação ou impressão de segurança.

recrudescimento da norma penal.

Sin embargo se convierte en algo problemático cuando el destinatario de todas las exigencias de seguridad por parte de la opinión pública, de los medios y de las propias autoridades es, sobre todo, el Derecho penal, incluyendo aquí también el Derecho procesal penal, que se ven así forzados, en un continuo proceso de expansión destinado al control de nuevos peligros.¹² (BUERGO, 2001, p. 32)

Esse comportamento é flagrante no Brasil, que atualmente sofre uma inflação de normas penais preocupadas em responder ao sentimento de insegurança presente na sociedade.

1.3.2. O Movimento da Lei e da Ordem

Não obstante o sentimento de insegurança da sociedade moderna que implica numa ampliação da cobertura do Direito Penal, o Brasil foi influenciado pelo pensamento do movimento político-criminal da Lei e da Ordem. Esse movimento, criado na década de setenta, defendia um apego maior à ordem, em detrimento da justiça, sob a bandeira de maior rigor no tratamento à criminalidade (FRANCO, 2005, p. 83-85).

Destaca-se que o Movimento da Lei e da Ordem compreende o crime como o lado patológico do convívio social, a criminalidade como uma doença infecciosa e o criminoso como um ser daninho. A sociedade se dividia entre as pessoas saudáveis, incapazes da prática de delitos e pessoas doentes, aptas

¹² Tradução livre: No entanto, torna-se problemático quando, diante de todas as exigências de segurança por parte da opinião pública, dos meios de comunicação e das próprias autoridades, deve responder o direito penal, incluído aqui o respectivo direito processual, que ingressa num continuo processo de expansão para controlar todos os novos perigos.

para a transgressão da lei. Mister ressaltar o entendimento de que a criminalidade era entendida como um vírus, que poderia se propagar (FRANCO, 2005, p. 88).

Nessa perspectiva, com o objetivo de reprimir a criminalidade, o Movimento sugere a criação de novos tipos penais, o aumento das penas dos delitos já existentes, a criação de leis especiais para algumas infrações e o aumento das medidas de cautela (FRANCO, 2005, p. 89).

Um dos reflexos desse movimento, “sob o impacto dos meios de comunicação de massa, mobilizados em face de extorsões mediante seqüestro, que tinham vitimizado figuras importantes da elite econômica e social do país”¹³ (FRANCO, 2005, p. 96), foi a edição da Lei nº 8.072/1990¹⁴, a qual listou tipos descritos no Código Penal brasileiro e taxou-os com o estigma de hediondos, entabulando um conjunto de conseqüências mais graves, sob o aspecto penal e processual penal, aos seus agentes.

A Lei de Crimes Hediondos repercutiu como uma resposta à onda de criminalidade que assolava o país, tornando-se a resposta dos entes políticos ao clamor de insegurança da sociedade. No entanto, sua recepção não foi unânime, pois havia opinião dissonante quanto a legalidade e constitucionalidade da lei, conforme se analisará a seguir.

13 Dentre os citados por Franco (2005, p. 96): o “caso Martinez, caso Salles, caso Diniz, caso Medina, etc.”

14 Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990: Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências.

2. CONSIDERAÇÕES SOBRE A LEI DE CRIMES HEDIONDOS

A Lei de Crimes Hediondos representa uma mudança na forma de tratamento do Estado com os crimes considerados de maior gravidade social, tendo em vista que prevê punições mais severas para esses delitos (VEIGA, 2002).

Essa legislação teve como premissa a descrença da sociedade no poder punitivo do Estado, em virtude do aumento no número da criminalidade, em especial no delito de seqüestro.

A Lei dos Crimes Hediondos impôs uma limitação aos direitos e garantias constitucionais estabelecidos pelo artigo 5º da Carta Magna. O inciso XLIII do referido artigo estabelece que:

A lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática de tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem.

Os crimes hediondos podem ser definidos como aqueles delitos que provocam a revolta do cidadão, ante seu caráter perverso e repugnante. De acordo com o artigo 1º, da Lei nº 8.072 de 25 de julho de 1990, são considerados crimes hediondos:

Os crimes de latrocínio (art. 157, caput e parágrafos 1º e 2º), estupro (art. 213, caput e sua combinação com o art. 233, caput e parágrafo único), epidemia com resultado morte (art. 267, parágrafo 1º), envenenamento de água potável ou de substância alimentícia ou medicinal, qualificado pela morte (art. 270, combinado com o art. 285), todos do Código Penal (Decreto-Lei n.º 2.848, de 07 de setembro de 1940) e de genocídio (arts. 1º, 2º e 3º da Lei n.º 2.889, de 1º de outubro de 1956), tentados e consumados

Todavia, em razão de outro delito¹⁵ de repercussão, procedeu-se uma alteração legislativa, por meio da Lei nº 8.930, de 06 de setembro de 1994, que considerou hediondo o homicídio qualificado (artigo 121, §2º, incisos I a V do Código Penal) e o homicídio simples, quando praticados em atividade típica de grupos de extermínio.

2.1. FUNDAMENTOS CONSTITUCIONAIS DA LEI Nº 8.072/1990

A Lei dos Crimes Hediondos encontra guarida no texto constitucional, pois o artigo 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal os estatuiu como crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia. As figuras criminosas citadas pelo dispositivo legal não foram reunidas por acaso, mas sim porque guardam uma inquestionável simetria.

A tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas, o terrorismo e os crimes hediondos, representam lesões graves a bens jurídicos de respeitável dignidade penal e necessitavam de proteção legal. A identificação no dano social ocasionado por estes delitos possibilitou a adoção de iguais medidas punitivas ao delinqüente. (FRANCO, 2005, p. 81).

A repressão penal aos crimes hediondos instituída pela Carta Magna e posteriormente pela Lei nº 8.072/1990 teve, como dito, influência do Movimento da Lei e da Ordem. Esse movimento pregava a necessidade de maior rigor no

¹⁵ O homicídio da atriz Daniela Perez, filha da escritora de telenovelas Glória Perez, por seu colega de trabalho ensejou a inclusão do homicídio qualificado como crime hediondo.

tratamento da criminalidade, sendo inclusive necessário voltar ao entendimento básico da diferença entre o bem e o mal. O lema era de que “quem faz, paga”. (FRANCO, 2005, p. 83).

Todavia, há que se considerar que o Movimento da Lei e da Ordem se baseia em premissas falsas, vez que não se pode considerar o delinqüente como um indivíduo alheio à sociedade, tendo em vista que o conceito de sociedade democrática se assenta na diversidade de valores e conceitos que necessariamente devem coexistir.

Ademais, a criminalidade envolve todas as classes da sociedade, não estando adstrita às camadas menos favorecidas. Sob esse aspecto, o crime pode ser considerado como comportamento desviado, porém normal, entendido como a outra face da convivência social e que acompanhará o ser humano indefinidamente (FRANCO, 2005, p. 89).

Não obstante, a intensidade com a qual se estabeleceu a punição àqueles que cometem crimes hediondos não se harmoniza com o sistema progressista e o ideal humanitário adotado pelo ordenamento penal brasileiro, essa dissonância resultou na institucionalização do condenado, que em razão das vedações quanto ao pleito por graça e progressão de regime, perdeu a perspectiva de retornar à sociedade.

Essas vedações e limitações presentes na Constituição Federal e na Lei n° 8.072/1990, decorrentes da influência do Movimento da Lei e da Ordem no processo legislativo, serão analisados na continuação.

2.2. VEDAÇÃO E LIMITAÇÃO DE BENEFÍCIOS

Antes de ingressar na análise das vedações previstas na Lei de Crimes Hediondos, relevante consignar os principais benefícios existentes na fase de execução penal, que materializam a individualização da pena em sua terceira etapa.

2.2.1. Progressão de Regime

A progressão de regime é um benefício ao condenado previsto no artigo 112¹⁶ da Lei de Execução Penal. Fundamenta-se pela própria finalidade da pena, correspondente a reintegração social do condenado.

Julio Fabbrini Mirabete (2004, p. 387) esclarece que:

(...) ao dirigir a execução para a “forma progressiva”, estabelece o art. 112 a progressão, ou seja, a transferência do condenado de regime mais rigoroso a outro menos rigoroso quando demonstra condições de adaptação ao mais suave. De outro lado, determina a transferência de regime menos rigoroso para outro mais rigoroso quando o condenado demonstrar inadaptação ao menos severo, pela *regressão* (...)

Em outras palavras, o sistema progressivo caracteriza-se com uma via de duas mãos, uma quando o condenado conquista a progressão ao apresentar “sinais de modificação de comportamento depois de ter recebido orientação

16 *Ipsis litteris*: “A pena privativa de liberdade será executada em forma progressiva com a transferência para regime menos rigoroso, a ser determinada pelo juiz, quando o preso tiver cumprido ao menos um sexto da pena no regime anterior e ostentar bom comportamento carcerário, comprovado pelo diretor do estabelecimento, respeitadas as normas que vedam a progressão.”

adequada, instrução e ensinamentos com vistas a sua profissionalização ou aperfeiçoamento” (MIRABETE, 2004, p. 387) e outra quando sofre a regressão em razão da prática de fato definido como crime doloso, pelo cometimento de falta grave ou se sofrer condenação, por crime anterior, cuja pena, somada ao restante da pena em execução, torne incabível o regime, conforme estabelece o artigo 118 da Lei n° 7.210/1984.

Ainda quanto a progressão de regime, a legislação estabelece requisitos para a sua concessão. Primeiramente, em atenção ao princípio da jurisdicionalidade, tem-se que a progressão somente será concedida pelo juiz. Não obstante, tem-se que o direito a progressão repousa sobre o binômio tempo e mérito (MARCÃO, 2005, P. 115), pois, segundo a regra geral da Lei de Execuções Penais, o condenado, para postular a progressão, deverá preencher o requisito temporal (ou objetivo) de ter cumprido, ao menos, um sexto da pena no regime anterior e, também, deverá comprovar preencher o requisito subjetivo, correspondente ao bom comportamento carcerário, atestado pelo diretor do estabelecimento prisional no qual cumpre a pena.

A Lei n° 7.210/1984 em sua redação original estabelecia também a realização de exame criminológico como condição para a progressão de regime. Contudo, a Lei n° 10.792/2003 mitigou esse requisito, impondo somente os dois supra mencionados. Essa modificação ainda não se pacificou junto aos tribunais e ainda é compreendida como condição para a progressão de regime. No entanto, como tal discussão extrapola os limites dessa pesquisa, registra-se apenas sua existência.

Por fim, relevante anotar, quanto ao sistema progressivo, que ele é dividido

em três regimes, o fechado, semi-aberto e aberto, sendo vedada a progressão direta entre os extremos, ou seja, não é possível progredir do regime fechado ao aberto, sem antes cumprir o mínimo de tempo estabelecido pela lei no regime semi-aberto (MIRABETE, 2004, p. 387).

Quanto à progressão na Lei dos Crimes Hediondos, essa será analisada após essas considerações sobre os benefícios na execução penal.

2.2.2. Livramento Condicional

O livramento condicional caracteriza-se por ser “uma antecipação, embora limitada, da liberdade” (BITENCOURT, 2002, p. 637), sendo a “última etapa do sistema penitenciário progressivo” (MIRABETE, 2004, p. 550). Tem-se que “seu tempo de duração corresponde ao restante da(s) pena(s) privativa(s) de liberdade em execução” (MARCÃO, 2005, p. 176).

Esse benefício consiste na possibilidade do condenado deixar o estabelecimento prisional antes do término da pena, desde que atendidas determinadas condições. Sua previsão está contida no artigo 131¹⁷ da Lei de Execuções Penais e artigo 83¹⁸ do Código Penal.

17 *Ipsis litteris*: “O livramento condicional poderá ser concedido pelo Juiz da execução, presentes os requisitos do artigo 83, incisos e parágrafo único, do Código Penal, ouvidos o Ministério Público e Conselho Penitenciário.”

18 *Ipsis litteris*: “O juiz poderá conceder livramento condicional ao condenado à pena privativa de liberdade igual ou superior a 2 (dois) anos, desde que: I - cumprida mais de um terço da pena se o condenado não for reincidente em crime doloso e tiver bons antecedentes; II - cumprida mais da metade se o condenado for reincidente em crime doloso; III - comprovado comportamento satisfatório durante a execução da pena, bom desempenho no trabalho que lhe foi atribuído e aptidão para prover à própria subsistência mediante trabalho honesto; IV - tenha reparado, salvo efetiva impossibilidade de fazê-lo, o dano causado pela infração; V - cumprido mais de dois terços da pena, nos casos de condenação por crime hediondo, prática da tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, e terrorismo, se o apenado não for

Não é pertinente, no contexto dessa pesquisa, pormenorizar a explanação sobre o livramento condicional. Cabe consignar que esse benefício é direito público subjetivo do condenado, ou seja, preenchidos os requisitos legais, impõe-se ao magistrado a sua concessão (MIRABETE, 2004, p. 551). Ainda, tem como requisito objetivo ou temporal o cumprimento de um terço da pena, se primário, e metade, se reincidente em crime doloso. Aos condenados por crime hediondo o lapso é de dois terços, se primário, e é vedada a concessão para os reincidentes nos crimes descritos na Lei nº 8.072/1990. O mérito corresponde ao bom comportamento carcerário e a obtenção de ocupação lícita, se apto para o trabalho, no prazo estipulado pelo juiz, assim como, se possível, tenha proporcionado a reparação do dano provocado pelo delito.

2.2.3. Anistia, Indulto e Comutação de Pena

A anistia, o indulto e a comutação de pena são institutos pelos quais o condenado, por ato do Poder Legislativo ou Executivo, pode ter extinta a totalidade ou parte de sua pena.

“A Constituição Federal de 1988 refere-se especificamente à anistia, concedida pelo Congresso Nacional (art. 48, VIII), bem como indulto e à comutação de penas, outorgadas pelo Presidente da República (art. 84, XII)” (MIRABETE, 2004, p. 781).

reincidente específico em crimes dessa natureza. Parágrafo único - Para o condenado por crime doloso, cometido com violência ou grave ameaça à pessoa, a concessão do livramento ficará também subordinada à constatação de condições pessoais que façam presumir que o liberado não voltará a delinquir.”

Por anistia tem-se a extinção de todos os efeitos penais derivados da prática de um delito, de forma que a anistia refere-se a fatos, não a pessoas (MIRABETE, 2004, p. 782).

Por sua vez, “o indulto revela-se verdadeiro ato de clemência do Poder Público, consistindo em benefício concedido privativamente pelo Presidente da República (...)” (MARCÃO, 2005, p. 283). Esse instituto pode ser individual ou coletivo. No primeiro caso, não há forma determinada para ser pleiteada, nem necessidade de fundamentos de direito para o pedido, podendo basear-se em mera súplica por clemência do Presidente da República. Pode ser requerido pelo próprio condenado, representante do Ministério Público, membro do Conselho Penitenciário ou autoridade administrativa (MIRABETE, 2004, p. 784).

O indulto individual (graça) pode ser *total* (pleno, irrestrito ou ilimitado), hipótese em que alcança todas as sanções impostas ao condenado, ou *parcial* (restrito ou limitado), hipótese em que ocorrerá o instituto da *comutação*, que implicará tão-somente a redução ou substituição da sanção aplicada. (MARCÃO, 2005, p. 284)

O indulto coletivo, por sua vez, “refere-se a um grupo de sentenciados que estejam na situação jurídica prevista no decreto concessivo, que normalmente se refere à duração da pena aplicada (...)” (MIRABETE, 2004, p. 785), ou seja, em ato discricionário o Presidente da República edita um Decreto dispondo sobre a concessão de indulto àqueles que preenchem os requisitos por ele estabelecidos.

Assim como no indulto individual, o coletivo poderá ser pleno, extinguindo toda(s) a(s) pena(s) imposta(s), ou limitado, diminuindo a(s) pena(s) imposta(s).

No concernente a essa pesquisa, tem-se que:

(...) a Lei nº 8.072, de 25-7-90, em seu art. 2º, I, diz que são insuscetíveis de indulto os crimes hediondos, a prática de tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo. Já se tem

afirmado que a lei é inconstitucional e não poderia vedar tal benefício, pois a Constituição Federal não se refere, no art. 5º, XLIII, ao indulto, mas apenas à anistia e à graça. Mas, como já observado, a palavra *graça*, no dispositivo citado, tem que ser entendida como *indulto*, pois somente este e a anistia são formas constitucionais de *indulgentia principis* pelo Executivo e pelo Legislativo, e a Lei nº 8.072 somente se refere a indulto e graça para coincidir com o art. 5º, XLIII, e, ao mesmo tempo, não dar margens a dúvidas quanto à sua abrangência. (MIRABETE, 2004, p. 785)

Ou seja, aquele que comete crime hediondo, ou equiparado, não será agraciado pela anistia, indulto ou comutação de pena, por vedação constitucional e legislativa.

2.2.4. Remição de Pena

A remição de pena é o instituto pelo qual o condenado pode acrescer ao período de pena cumprida tempo em razão do trabalho exercido. Por ele “dá-se como cumprida parte da pena pelo desempenho da atividade laborativa e o preso resgata uma parte da sanção, diminuindo o tempo de sua duração” (MIRABETE, 2004, p. 517).

Encontra-se previsto no artigo 126¹⁹ da Lei de Execução Penal e seu cômputo se dá pela razão de três dias de trabalho por um da pena. Os dias remidos são acrescentados ao lapso de pena cumprida, ou seja, não é diminuída a pena imposta. Esse período remido será considerado para a concessão do livramento condicional e indulto, pelo que estabelece o artigo 128 da Lei de

19 *Ipsis litteris*: “O condenado que cumpre a pena em regime fechado ou semi-aberto poderá remir, pelo trabalho, parte do tempo de execução da pena. § 1º A contagem do tempo para o fim deste artigo será feita à razão de 1 (um) dia de pena por 3 (três) de trabalho. § 2º O preso impossibilitado de prosseguir no trabalho, por acidente, continuará a beneficiar-se com a remição. § 3º A remição será declarada pelo Juiz da execução, ouvido o Ministério Público.”

Execuções Penais, de forma que, com o trabalho, o condenado alcançará antes os lapsos mínimos para postular esses benefícios.

Assevera Renato Marcão (2005, p. 162-163) que a remição de pena, por se traduzir “numa inequívoca redução punitiva”, é de natureza penal material, refutando o entendimento de ser mecanismo de política-criminal.

No entanto, é pacífico na jurisprudência que, em caso de cometimento de falta grave, os dias remidos serão perdidos, conforme prevê o artigo 127 da Lei nº 7.210/1984. Essa sanção, bastante debatida, impõe ao condenado maior comprometimento com a disciplina, pois incorrendo na falta grave a dedicação ao trabalho seria em vão.

Esse benefício também alcança o estudo do condenado, conforme pacificou a Súmula 341 do Superior Tribunal de Justiça: “A freqüência a curso de ensino formal é causa de remição de parte do tempo de execução de pena sob regime fechado ou semi-aberto.”. A razão adotada para essa espécie de remição é a de um dia para cada dezoito horas de estudo.

Dos principais benefícios relativos a fase de execução penal, essa foi o único não atingido pelas restrições da Lei dos Crimes Hediondos.

2.2.5. A Vedação à Progressão de Regime da Lei nº 8.072/1990

A Constituição Federal estatuiu²⁰ os crimes hediondos como insuscetíveis de fiança, graça ou anistia. A norma infraconstitucional, Lei nº 8.072/1990 em sua

²⁰ Artigo 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal.

redação original, foi adiante e vedou no parágrafo primeiro de seu artigo 2^o²¹ a progressão de regime, estabelecendo que a pena será cumprida integralmente em regime fechado.

Não obstante, a lei dos crimes hediondos introduziu alterações no artigo 83 do Código Penal, em especial no inciso V, que determinou o cumprimento de mais de dois terços da pena para o livramento condicional dos presos condenados por crimes hediondos.

De acordo com Antônio Lopes Monteiro (1992, p. 121) a Lei dos Crimes Hediondos tentou inovar em matéria penal, introduzindo regras que alteraram todo o sistema criminal existente em nosso ordenamento jurídico.

Ou seja, a lei dos crimes hediondos impediu a concessão de praticamente todos os benefícios incidentes durante a fase de execução da pena, com exceção da remição de pena e do livramento condicional, sendo que para o último estipulou lapso correspondente ao cumprimento de 66,66% da pena, caso primário, e vedou a hipótese no caso de reincidência.

A repercussão desse recrudescimento da norma relativa aos delitos hediondos foi o desapego à disciplina por aqueles que enfrentariam longos anos de prisão sem benefícios, assim como o surgimento de organizações dentro das penitenciárias para postular por melhorias na situação carcerária e, posteriormente, tornando-se em movimentos de subversão à ordem, como o Comando Vermelho e o Primeiro Comando da Capital.

Esses reflexos decorrem da incongruência da Lei nº 8.072/1990 com o sistema penal existente. Tem-se que a:

21 *Ipsis litteris*: “A pena por crime previsto neste artigo será cumprida integralmente em regime fechado.”

Pena executada com um único e uniforme regime prisional, significa pena desumana porque inviabiliza um tratamento penitenciário racional e progressivo; deixa o recluso sem esperança alguma de obter liberdade antes do termo final do tempo de sua condenação e, portanto, não exerce nenhuma influência psicológica positiva no sentido de seu reinserimento social, e, por fim, desampara a própria sociedade na medida em que devolve o preso à vida societária após submetê-lo a um processo de reinserção às avessas, ou seja, a uma dessocialização. (FRANCO, 2005, p. 227-228)

Ainda de acordo com Alberto Silva Franco (2005, p. 226) a exclusão do sistema progressivo fere o princípio da individualização da pena, vez que a lei ordinária determinou o regime prisional único em detrimento da individualização da penal, princípio de notório caráter constitucional.

Sob o ponto de vista temporal, cabe esclarecer que a lei dos crimes hediondos não retroage aos eventos ocorridos antes de sua vigência. O entendimento mais favorável repousa na diretiva da não retroatividade das normas legais que versem sobre a fase executória das penas, sob pena de comprometimento do princípio da irretroatividade da lei, ou seja, as vedações previstas no artigo 2º, da redação original, da lei de crimes hediondos não retroagirá para alcançar a execução penal já em curso (FRANCO, 2005, p. 285-286).

Por fim, em razão dessas críticas à redação da Lei nº 8.072/1990, o Supremo Tribunal Federal foi questionado quanto à constitucionalidade de seus dispositivos, especialmente com relação à vedação à progressão de regime. Em diversas oportunidades afirmaram a constitucionalidade dos dispositivos, até o julgamento de um caso que se tornou emblemático para o tema, o qual será abordado a seguir.

2.3. O *HABEAS CORPUS* 82.959 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

A doutrina já argumentava no sentido da inconstitucionalidade da vedação da progressão de regime pela lei de crimes hediondos, conforme visto acima, tendo em vista que ofendia ao princípio da individualização da pena, humanidade, legalidade que não se harmonizava com o restante do sistema penal.

Carmem Silvia de Moraes Barros (2001, p. 22) indicava que “não se combate o crime legislando, incriminando condutas e endurecendo penas” pois não é através da exclusão que se conseguirá segurança.

No entanto o Supremo Tribunal Federal mantinha o entendimento que a vedação à progressão de regime prevista na Lei nº 8.072/1990 era constitucional, até o julgamento do *Habeas Corpus* 82.959, cuja ementa fixava uma nova compreensão ao princípio da individualização:

PENA - REGIME DE CUMPRIMENTO - PROGRESSÃO - RAZÃO DE SER. A progressão no regime de cumprimento da pena, nas espécies fechado, semi-aberto e aberto, tem como razão maior a ressocialização do preso que, mais dia ou menos dia, voltará ao convívio social.
PENA - CRIMES HEDIONDOS - REGIME DE CUMPRIMENTO - PROGRESSÃO - ÓBICE - ARTIGO 2º, § 1º, DA LEI Nº 8.072/90 - INCONSTITUCIONALIDADE - EVOLUÇÃO JURISPRUDENCIAL. Conflita com a garantia da individualização da pena - artigo 5º, inciso XLVI, da Constituição Federal - a imposição, mediante norma, do cumprimento da pena em regime integralmente fechado. Nova inteligência do princípio da individualização da pena, em evolução jurisprudencial, assentada a inconstitucionalidade do artigo 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90. (HC 82959, Tribunal Pleno, STF, rel. Min. Marco Aurélio, maioria de votos, julg., 23/02/06)

No julgamento do *writ* em questão, abordou-se a natureza hedionda do crime de atentado violento ao pudor, pelo qual divergiram alguns Ministros no sentido de ser referido delito hediondo, enquanto o relator argumentava, no caso,

não existir hediondez nos fatos discutidos naqueles autos, ou seja, trata-se efetivamente de uma questão de individualização de pena, na qual uma compreensão não pormenorizada do delito implicava no cumprimento da pena em regime integralmente fechado.

Não obstante, no mesmo julgamento, quanto à declaração de inconstitucionalidade do parágrafo primeiro, do artigo 2º, da Lei nº 8.072/1990, ela ocorreu *incidenter tantum*, ou seja, seus efeitos limitavam-se a partes, pois “a sentença que liquida a controvérsia constitucional não conduz à anulação da lei, mas tão-somente à sua não-aplicação ao caso particular, objeto da demanda” (BONAVIDES, 2001, p. 272-273).

Complementa ainda Paulo Bonavides (2001, p. 273-274) quanto ao controle pela via incidental que:

A lei que ofende a Constituição não desaparece assim da ordem jurídica, do corpo ou sistema das leis, podendo ainda ter aplicação noutro feito, a menos que o poder competente a revogue. De modo que o julgado não ataca a lei em tese ou *in abstracto*, nem importa o formal cancelamento das suas disposições, cuja aplicação fica unicamente tolhida para a espécie demandada.

Em outras palavras, a declaração de inconstitucionalidade proferida naquele *Habeas Corpus* não impunha sua aplicação em todos os casos envolvendo crimes hediondos. Essa situação gerou um clima de instabilidade jurídica, pois ainda resistia o entendimento ultrapassado de vedação à progressão.

Essa insegurança jurídica, indesejada no sistema diga-se de passagem, decorria de uma inatividade do Senado Federal no sentido de corrigir a inconstitucionalidade evidenciada, tendo em vista que representa o poder competente para a revogação da norma e, também, em razão de uma postura

tímida de alguns juízes e magistrados que não conferiam o alcance plausível da decisão do Supremo Tribunal Federal para os casos que lhe competiam.

Assinala a doutrina que:

(...) no sistema clássico de semelhante controle, que é o americano, a ordem jurídica afasta esse perigo [de insegurança jurídica] quando a declaração é feita por um aresto da Corte Suprema. Nenhum juiz ou tribunal se abalçaria a aplicar ali uma lei já inquinada do vício de inconstitucionalidade por decisão do mais alto órgão da Justiça Americana. (BONAVIDES, 2001, p. 275)

Por outro lado, com o passar do tempo diversos tribunais começaram a adotar o posicionamento emanado pelo Supremo Tribunal Federal, os quais reverberaram a interpretação adotada pela Corte, dentre eles o Tribunal de Justiça do Paraná²²:

Todavia, a avalanche de decisões autorizando a progressão de regime aos condenados por crime hediondo implicava em adotar a regra geral prevista no artigo 112 da Lei de Execução Penal, pela qual o lapso mínimo para o pedido de progressão de regime correspondia a um sexto da pena imposta, ou seu remanescente, em havendo alguma causa interruptiva.

Esse tratamento, no cômputo temporal, idêntico ao adotado para os

22 PROCESSUAL PENAL - EXECUÇÃO DA PENA - PEDIDO DE PROGRESSÃO DO REGIME PRISIONAL INDEFERIDO - CRIME HEDIONDO - RECURSO DE AGRAVO - INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 2º, §1º, DA LEI Nº 8.072/90 - RECURSO PROVIDO. A hediondez do crime não é suficiente para afastar do réu o benefício da progressão de regime prisional (STF, HC nº 82.959). ". (TJ-PR, 1 CCri, RecAgr, rel. Juiz Mário Helton Jorge, julg. 03/08/06, DJ 7191)

RECURSO DE AGRAVO - TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES - PROGRESSÃO DE REGIME - CRIME HEDIONDO - RECENTE ORIENTAÇÃO DO PRETÓRIO EXCELSO - DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 2º, § 1º DA LEI Nº 8.072/90 - POSSIBILIDADE DE PROGRESSÃO - REQUISITOS LEGAIS PREENCHIDOS - RECURSO DESPROVIDO. 1. Tendo sido recepcionado pela Constituição da República o sistema progressivo de cumprimento de pena, constante do Código Penal e da Lei de Execução Penal, negá-lo ao condenado por crime hediondo gera descabida afronta aos princípios da humanidade das penas e da individualização. 2. Declarada pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, na sessão de 23/2/2006 (HC 82.959-SP), a inconstitucionalidade incidental do art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/90, que veda a progressão de regime nos casos de crimes hediondos e a eles equiparados, afastando o óbice à execução progressiva da pena, não mais subsiste o fundamento para impedir a progressão de regime, máxime que na hipótese vertente, estão preenchidos os requisitos legais para alcançar a benesse.(TJ-PR, 5 CCri, RecAgr, Rel. Des. Lauro Augusto Fabrício de Melo, julg. 01/03/07, DJ 7319)

condenados por crimes tidos como comuns resultaram na agilização do trâmite do Projeto de Lei nº 6793 de 2006, encaminhado à Câmara dos Deputados pela Presidência da República, conforme se discorrerá na continuação.

3. A LEI N° 11.464/2007

A Lei n° 11.464, de 28 de março de 2007, estabeleceu a nova redação ao artigo 2°, da Lei n° 8.072/1990, alterando as disposições relativas a progressão de regime, lapsos temporais para progressão, direito de apelar em liberdade e prisão temporária. Sua criação decorreu da necessidade de se elaborar uma resposta legislativa à declaração de inconstitucionalidade da redação original do dispositivo mencionado, que se deu da seguinte maneira.

3.1. O ADVENTO DA LEI

Após o julgamento do *Habeas Corpus* n° 82.959 pelo Supremo Tribunal Federal, o então Ministro da Justiça Marcio Thomaz Bastos encaminhou um Projeto de Lei à Presidência da República, cujo conteúdo apresentava uma nova redação ao artigo 2° da Lei dos Crimes Hediondos.

O Ministro justificou sua proposta pela intenção de adequar a Lei n° 8.072/1990 “à evolução jurisprudencial ocorrida desde sua entrada em vigor, bem como torná-la coerente com o sistema adotado pela Parte Especial do Código Penal e com os princípios gerais do Direito Penal” (BASTOS, 2006, p. 2).

Referida proposta tornou-se o Projeto de Lei PCL n° 6793/2006 e tramitou²³ por um ano entre a Câmara dos Deputados e o Senado Federal até ser aprovada,

²³ Segundo o *site* eCâmara – Módulo de Tramitação das Proposições, disponível pelo endereço <http://www.camara.gov.br/sileg/Prop_Detalhe.asp?id=318362> e *site* do Senado Federal – Atividade Legislativa, disponível pelo endereço <http://www.senado.gov.br/sf/atividade/Materia/Detalhes.asp?p_cod_mate=79953&titulo=MSG 172 de 2006 – MENSAGEM>.

com modificações, como a Lei nº 11.646/2007.

O projeto da lei, em sua redação original, previa o cumprimento de um terço da pena se primário e metade se reincidente para o condenado por crime hediondo postular a progressão de regime. Justificou o Ministro da Justiça que esses correspondem ao dobro dos prazos de progressão adotados para os crimes comuns e que “esse aumento dos prazos para progressão de regime responde à necessidade de estabelecer tratamento mais severo para os crimes definidos como hediondos ou a eles equiparados” (BASTOS, 2006, p. 2).

Contudo, em razão das diversas propostas de emendas e substitutivos, a norma foi aprovada estabelecendo o lapso de dois quintos, ou seja, 40% da pena para primário e três quintos, 60% da pena, para reincidentes. Destaca-se que a regra geral prevista na Lei de Execução Penal estabelece o lapso de um sexto, correspondente a 16% da pena para postular pedido de progressão de regime.

Diante dessa diferença abissal entre a regra geral e a norma específica e considerando que as progressões para os condenados por crime hediondo acompanhavam o lapso da regra geral, surgiu a questão cerne dessa pesquisa.

Se a progressão de regime for interpretada como direito penal material, a norma superveniente não retroagirá, salvo em benefício do réu, conforme estabelece o inciso XL²⁴ do artigo 5º da Constituição Federal e artigo 2º²⁵ do Código Penal brasileiro. No entanto, em sendo direito processual penal, a norma se aperfeiçoará ao momento de sua vigência, conforme estabelece o artigo 2º²⁶ do Código de Processo Penal brasileiro, ou seja, a postulação de progressão de

24 *Ipsis litteris*: “a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu;”

25 *Ipsis litteris*: “Ninguém pode ser punido por fato que lei posterior deixa de considerar crime, cessando em virtude dela a execução e os efeitos penais da sentença condenatória.”

26 *Ipsis litteris*: “A lei processual penal aplicar-se-á desde logo, sem prejuízo da validade dos atos realizados sob a vigência da lei anterior.”

regime aos condenados por crime hediondo reger-se-ia pelo novo diploma, ainda que em prejuízo do réu, pois estabelece lapso muito superior ao previsto na Lei de Execução Penal. Para tanto, mister distinguir lei penal de processual penal.

3.2. DISTINÇÃO ENTRE LEI PENAL E PROCESSUAL PENAL

Norma penal de conteúdo material é aquela que em seu teor dispõe sobre a *ius puniendi* do Estado. Fernando CAPEZ (2002, p. 49) esclarece que “a norma terá caráter penal material quando versar sobre o direito de punir do Estado (tanto em sua forma abstrata quanto em seu aspecto concreto, isto é, como pretensão punitiva), criando-o, extinguindo-o ou modificando-o”.

O direito penal constitui-se pelas "normas que definem os princípios jurídicos que regulam os seus institutos, definem as condutas criminosas e cominam as sanções correspondentes" (BITENCOURT, 2002, p. 8).

O direito processual penal, por sua vez, "tem a finalidade de determinar a forma como deve ser aplicado o Direito Penal, constituindo-se em verdadeiro *instrumento* de aplicação do Direito Penal substantivo" (BITENCOURT, 2002, p. 8) ou, ainda, “é o conjunto de princípios e normas que disciplinam a composição das lides penais, por meio da aplicação do Direito Penal objetivo” (CAPEZ, 2002, p. 1).

Todavia, a classificação torna-se complexa quando a norma analisada comporta questão instrumental e dispõe sobre o poder punitivo do Estado.

Nesses casos, quanto às “normas relativas ao direito de representação, à prescrição, à decadência e à perempção serão, concomitantemente, penais e processuais penais (CP, art. 107, IV)” (CAPEZ, 2002, p. 49). Ou seja, a natureza material (ou objetiva) da norma prevalecerá sobre sua natureza processual.

Essa prevalência tem relevante função na execução penal, pois a Lei nº 7.210/1984 regula a questão procedimental quanto ao cumprimento da sanção imposta pela sentença criminal e, simultaneamente, implica no exercício do *ius puniendi* do Estado.

Das três correntes que buscam a natureza jurídica da execução penal, verifica-se que aquela na qual a execução penal se constitui como um ramo autônomo do direito não há de prosperar, pois é um instituto que carece de disposições próprias para a solução de conflitos, como as relativas a aplicabilidade territorial e temporal de suas disposições.

Nos limites do Direito Processual Penal encontraria melhor suporte, pois estaria sujeito ao conjunto de princípios e disposições próprios das normas processuais, principalmente porque regula a fase executiva da decisão proferida pelo juízo criminal.

Todavia, por cobrir o ponto crítico do poder punitivo, correspondente a própria atividade punitiva, a execução da sanção criminal, a execução penal melhor se assenta junto aos princípios e normas relativas ao direito penal material. De forma que, no que tange a atividade temporal da lei superveniente, estará a nova norma sujeita ao princípio da irretroatividade da lei penal, conforme se analisará a seguir.

3.3. A RETROATIVIDADE DA LEI PENAL BENÉFICA

Considerando que o instituto da execução penal melhor se amolda como norma de Direito Penal, pois relaciona-se intrinsecamente com o exercício do poder punitivo estatal, tem-se que as disposições em legislação extravagante sobre execução penal também se sujeitam a mesma correlação.

Nesse caso, a modificação advinda da Lei n° 11.646/2007 na Lei dos Crimes Hediondos, no que tange a progressão de regime, retroagirá para atingir os fatos pretéritos a ela, pois benéfica ao sentenciado.

Nesse sentido a doutrina:

(...) normas que dizem respeito à progressão de regime, por ampliarem ou restringirem a satisfação do direito de punir do Estado, implicando maior ou menor rigor no cumprimento da pena, têm natureza preponderantemente penal, devendo submeter-se ao princípio constitucional da retroatividade *in mellius*. (CAPEZ, 2002, p. 49)

Ou seja, se antes da reforma era vedada a progressão de regime, com a possibilidade da concessão, todos poderão ser beneficiados com ela. No entanto, a dúvida recai sobre os lapsos definidos na nova redação da Lei n° 8.072/1990, pois a regra geral constante do artigo 112 da Lei de Execução, já vista, impõe o cumprimento de lapso inferior ao estabelecido pelo parágrafo segundo, do artigo 2°, da Lei dos Crimes Hediondos.

Para esclarecer essa divergência, duas perspectivas se formam sobre a situação, a primeira relativa a lacuna provocada pelo julgamento do *Habeas Corpus* n° 82.959 do Supremo Tribunal Federal, a segunda relativa a

possibilidade de conjugação de normas.

3.3.1. A Lacuna Provocada pelo Habeas Corpus n° 82.959

Sob a perspectiva da decisão proferida no *Habeas Corpus* n° 82.959 pelo Supremo Tribunal Federal algumas considerações são cabíveis.

Nesse julgamento foi declarada a inconstitucionalidade da vedação a progressão de regime existente na Lei dos Crimes Hediondos. Considerando que a Constituição Federal diz o que o Supremo Tribunal Federal decide, pois a essa Corte incumbe a guarda e interpretação das disposições constitucionais, a declaração de inconstitucionalidade expurgou do ordenamento jurídico a vedação prevista na Lei n° 8.072/1990.

Em razão disso, a Lei n° 11.464/2007 não estaria trazendo uma modificação, mas uma inovação legislativa, no sentido de suprir a lacuna deixada na Lei dos Crimes Hediondos quanto à questão de progressão de regimes, tendo em vista que – em razão da inconstitucionalidade da vedação à progressão originalmente presente na Lei – havia a permissão com base na regra estabelecida pela Lei de Execução Penal.

A inovação agravou a realidade dos sentenciados, razão pela qual vige somente para os fatos ocorridos depois de 28 de março de 2007.

Essa lacuna provocada pela declaração de inconstitucionalidade foi objeto de preocupação do Ministro Carlos Ayres Britto (BRASIL, 2006, p. 702-703),

contudo, na redação da decisão, foi declarado o afastamento do óbice à progressão, conforme constou do Extrato de Ata da sessão Plenária de 23 de fevereiro de 2006:

O Tribunal, por maioria, deferiu o pedido de *habeas corpus* e declarou, “*incidenter tantum*”, a inconstitucionalidade do §1º do artigo 2º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, nos termos do voto do relator, vencidos os Senhores Ministros Carlos Velloso, Joaquim Barbosa, Ellen Gracie, Celso de Mello e Presidente (Ministro Nelson Jobim). O Tribunal, por votação unânime, explicitou que a declaração incidental de inconstitucionalidade do preceito legal em questão não gerará consequências jurídicas com relação às penas já extintas nesta data, pois esta decisão plenária envolve, unicamente, o afastamento do óbice representado pela norma ora declarada inconstitucional, sem prejuízo da apreciação, caso a caso, pelo magistrado competente, dos demais requisitos pertinentes o reconhecimento da possibilidade de progressão. Votou o Presidente. Plenário, 23.02.2006. (BRASIL, 2006, p. 702)

Apesar do teor da decisão proferida, observa-se que o referido *Habeas Corpus* foi julgamento em controle incidental de constitucionalidade, cujos efeitos não incluem a vinculação *erga omnes*.

Nesse sentido, esclarece Paulo Bonavides (2001, p. 273-274):

A sentença que liquida a controvérsia constitucional não conduz à anulação da lei, mas tão-somente à sua não-aplicação ao caso particular, objeto da demanda. É o controle por via incidental. A lei que ofende a Constituição não desaparece assim da ordem jurídica, do corpo ou sistema das leis, podendo ainda ter aplicação noutra feita, a menos que o poder competente a revogue.

Logo, para se expurgar a regra do ordenamento dependia-se da manifestação do poder competente, no caso o Senado Federal. Assim, se compreendida a decisão do Supremo Tribunal Federal como suficiente para excluir do ordenamento a vedação à progressão, a Lei nº 11.464/2007 somente preencheu uma lacuna existente na Lei dos Crimes Hediondos. No entanto, sob a perspectiva dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade pelo controle concreto, a Lei nº 11.464/2007 modificou a norma vigente, autorizando a

progressão, mas ditando lapso muito superior ao previsto na regra geral da Lei de Execução Penal.

Nessa última situação, a questão se assenta na possibilidade de se conjugar parte da lei favorável anterior com parte favorável da lei posterior.

3.3.2. A Conjugação de Normas

Em sendo a Lei nº 11.464/2007 modificadora da vedação à progressão de regime estabelecida no parágrafo segundo, do artigo 2º, da Lei nº 8.072/1990, constata-se que é favorável ao réu, razão pela qual, como já visto, retroagirá para beneficiar fatos anteriores a sua existência.

Se os lapsos estabelecidos para os pedidos de progressão de regime, livramento condicional, indulto ou comutação de pena forem interpretados como mera requisito procedimental, condição para a propositura do benefício, qualquer lapso previsto na Lei nº 11.464/2007 importaria em favorável ao réu, pois se num primeiro momento é impossível se progredir de regime, o benefício seria a própria possibilidade de se postular a progressão, independente de qualquer previsão temporal. O indivíduo não tinha o benefício, agora o tem.

Contudo, considerando, como visto, que a progressão é instituto individualizador da pena e o requisito objetivo corresponde ao tempo mínimo necessário para que o poder punitivo do Estado seja exercido sobre o sentenciado, tem-se que, assim como o benefício em si, os lapsos constituem

direito penal material.

Os lapsos comunicam-se, inclusive, com o princípio da legalidade, pois aquele que comete o delito tem o direito de conhecer as sanções a que estará sujeito, inclusive na fase de execução penal.

Em face dessa consideração, a dúvida recai sobre a possibilidade de se interpretar o novo comando do parágrafo segundo, do artigo 2º, da Lei dos Crimes Hediondos de forma a retroagir somente a parte que possibilita a progressão do regime, obstando os lapso de dois quintos para primário e três quintos para reincidente em detrimento da regra de um sexto da Lei de Execução Penal.

O que se pretende dessa forma é realizar uma conjugação de normas.

Uma corrente, tida como majoritária no âmbito nacional e estrangeiro, vislumbra a impossibilidade nessa mescla de normas, “porque isso representaria a criação de uma terceira lei, transvestindo o juiz de legislador” (BITENCOURT, 2002, p. 109).

O argumento é válido, contudo, não é razoável na questão proposta, pois diante das garantias individuais da individualização da pena, legalidade e retroatividade da norma penal benéfica, é possível se realizar uma interpretação integrativa, balanceando as previsões normativas para que, do conjunto, extraísse a o melhor para o indivíduo.

Tem-se que “todo processo de individualização, de adequação da pena ao fato e à pessoa concreta, está limitado pelos princípios da legalidade, da necessidade e da proporcionalidade.”(BARROS, 2001, p. 112) Sendo o princípio da proporcionalidade o elemento que proporcionaria o equilíbrio nesse conflito normativo, pelo qual, seria possível a retroatividade apenas da parte benéfica da

Lei nº 11.464/2007 com a manutenção dos lapso previsto na Lei nº 7.210/1984 para os fatos ocorridos antes de 28 de março de 2007.

Essa interpretação assegura a individualização da pena aos condenados por crimes hediondos e equiparados, também resguarda a questão da legalidade, no que tange à anterioridade da lei penal a ocorrência dos delitos e provê a ressocialização humanitária prevista na Lei de Execução Penal.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A sanção penal como consequência de uma conduta ilícita fundamentalmente existe para prevenir e reprimir a criminalidade, mas nunca se desvinculando do compromisso de buscar a ressocialização daquele indivíduo que veio a delinquir.

Em que pese o sentimento de insegurança que permeia a sociedade contemporânea, o combate eficaz não corresponde ao recrudescimento ou maior abrangência do Direito Penal.

A Lei nº 8.072/1990 promoveu um retrocesso no que tange a ressocialização do condenado, pois o impedimento à progressão de regime criou a situação em que o sentenciado instantaneamente deixava o cárcere fechado para a liberdade, impedindo sua recondução assistida ao convívio social, a qual é promovida pelo cumprimento da pena no sistema progressivo.

A ausência dessa individualização, na forma de progressão de regime, em favor de um sistema rígido repressivo, não auxiliou na prevenção da criminalidade; pelo contrário, resultou na institucionalização do condenado e na criação de organizações voltadas à subversão da ordem.

Na solução dessa incongruência, a decisão do Supremo Tribunal Federal estabeleceu novos parâmetros para a aplicação do princípio da individualização da pena, declarando inconstitucional a vedação estabelecida na Lei dos Crimes Hediondos.

No entanto, em razão da resposta legislativa à decisão da Corte Constitucional, com a edição da Lei nº 11.464/2007, adveio a dúvida quanto à aplicação da nova lei, pois, enquanto parte beneficiava o réu autorizando a

progressão de regime, também prejudicava estabelecendo lapso superior para postular o benefício em relação ao previsto na Lei de Execução Penal.

Tendo em vista que a decisão do *Habeas Corpus* n° 82.959 do Supremo Tribunal Federal não resultou na exclusão da vedação à progressão de regime aos condenados por crime hediondo e equiparados, pois carecia de manifestação do Senado Federal para gerar efeitos *erga omnes*, a Lei que cessou a vedação não preencheu uma lacuna legislativa, mas implicou numa modificação normativa.

O cenário então formado implicava na edição de uma norma cujo conteúdo em parte beneficiava o réu, em parte não, pois visto que os lapsos também têm natureza de Direito Penal material e, pelo princípio da legalidade e irretroatividade da lei penal, não seriam exigíveis para os fatos ocorridos antes de sua publicação, ou seja, 29 de março de 2007.

A solução corresponde a adoção de uma conjugação de normas, ou seja, conferir retroatividade a parte benéfica da nova lei, no que concerne a possibilidade de progredir o regime de cumprimento da pena, em conjunto com o lapso estabelecido pela Lei de Execução Penal, pois é menor que o da Lei dos Crimes Hediondos.

Essa interpretação integrativa fundamenta-se no princípio da proporcionalidade, pelo qual se busca o equilíbrio na interpretação normativa, através do exercício da razoabilidade, de forma que, sob a perspectiva da nova redação da Lei n° 8.072/1990, esclareceu-se a retroatividade dos lapsos temporais previstos para a progressão de regime dos condenados por crimes hediondos.

REFERÊNCIAS

BACIGALUPO, Enrique. **Principios de derecho penal : parte general**. 3 ed. Madri (Espanha) : Akal, 1994.

BARROS, Carmen Silvia de Moraes. **A individualização da pena na execução penal**. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2001.

BASTOS, Marcio Thomaz. **EM n° 00023 – MJ**. Disponível em <<http://www.camara.gov.br/sileg/integras/382965.pdf>>, acesso em 23.out.08.

BEMFICA, Francisco Vani. **Da lei penal, da pena e sua aplicação, da execução da pena**, Rio de Janeiro : Forense, 1995.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Manual de direito penal : parte geral**. v. 1, 7 ed. São Paulo : Saraiva, 2002.

BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional, 11 ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**, disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%20Compilado.htm>, acesso em 09.mai.08.

_____. **Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940**, Código Penal, disponível em <<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/Decreto-Lei/Del2848compilado.htm>>, acesso em 09.mai.08.

_____. **Decreto-Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941**, Código de Processo Penal, disponível em <<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/Decreto-Lei/Del3689Compilado.htm>>, acesso em 09.mai.08.

_____. **Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984**, Institui a Lei de Execução Penal, disponível em <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/L7210.htm>>, acesso em 09.mai.08.

_____. **Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990**, Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências, disponível em <<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/LEIS/L8072.htm>>, acesso em 09.mai.08.

_____. **Lei nº 11.464, de 28 de março de 2007**, Dá nova redação ao art. 2º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, que dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do inciso XLIII do art. 5º da Constituição Federal, disponível em <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/_Ato2007-2010/2007/Lei/L11464.htm>, acesso em: 09.mai.08.

_____. Supremo Tribunal Federal. PENA - REGIME DE CUMPRIMENTO - PROGRESSÃO - RAZÃO DE SER. A progressão no regime de cumprimento da pena, nas espécies fechado, semi-aberto e aberto, tem como razão maior a ressocialização do preso que, mais dia ou menos dia, voltará ao convívio social. PENA - CRIMES HEDIONDOS - REGIME DE CUMPRIMENTO - PROGRESSÃO - ÓBICE - ARTIGO 2º, § 1º, DA LEI Nº 8.072/90 - INCONSTITUCIONALIDADE - EVOLUÇÃO JURISPRUDENCIAL. Conflita com a garantia da individualização da pena - artigo 5º, inciso XLVI, da Constituição Federal - a imposição, mediante norma, do cumprimento da pena em regime integralmente fechado. Nova inteligência do princípio da individualização da pena, em evolução jurisprudencial, assentada a inconstitucionalidade do artigo 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90. **Habeas Corpus nº 82.959-7**. Ordem concedida. Acórdão em *Habeas Corpus*. DJ, 01.set. 2006. Disponível em <<http://www.stf.gov.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?numero=82959&classe=HC>>. Acesso em: 09.mai.08.

_____. Tribunal de Justiça do Paraná. PROCESSUAL PENAL - EXECUÇÃO DA PENA - PEDIDO DE PROGRESSÃO DO REGIME PRISIONAL INDEFÉRIDO - CRIME HEDIONDO - RECURSO DE AGRAVO - INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 2º, §1º, DA LEI Nº 8.072/90 - RECURSO PROVIDO. A hediondez do crime não é suficiente para afastar do réu o benefício da progressão de regime prisional (STF, HC nº 82.959). **Recurso de Agravo**. DJ 7191. Disponível em <<http://www.tj.pr.gov.br/proto/consultajurisprudencia.asp>>. Acesso em: 09.mai.08.

_____. Tribunal de Justiça do Paraná. RECURSO DE AGRAVO - TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES - PROGRESSÃO DE REGIME - CRIME HEDIONDO - RECENTE ORIENTAÇÃO DO PRETÓRIO EXCELSO - DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 2º, § 1º DA LEI Nº 8.072/90 - POSSIBILIDADE DE PROGRESSÃO - REQUISITOS LEGAIS PREENCHIDOS - RECURSO DESPROVIDO. 1. Tendo sido recepcionado pela Constituição da República o sistema progressivo de cumprimento de pena, constante do Código Penal e da Lei de Execução Penal, negá-lo ao condenado por crime hediondo gera descabida afronta aos princípios da humanidade das

penas e da individualização. 2. Declarada pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, na sessão de 23/2/2006 (HC 82.959-SP), a inconstitucionalidade incidental do art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/90, que veda a progressão de regime nos casos de crimes hediondos e a eles equiparados, afastando o óbice à execução progressiva da pena, não mais subsiste o fundamento para impedir a progressão de regime, máxime que na hipótese vertente, estão preenchidos os requisitos legais para alcançar a benesse. **Recurso de Agravo**. DJ 7319. Disponível em <<http://www.tj.pr.gov.br/proto/consultajurisprudencia.asp>>. Acesso em: 09.mai.08.

BUERGO, Blanca Mendoza. **El derecho penal en la sociedad del riesgo**. 1 ed. Madri (Espanha) : Civita, 2001.

CALDAS, Débora Roberta Pain. **Progressão de regime em crimes hediondos**. Disponível em <<http://www.amb.com.br/portal/docs/artigos/Progress%C3%A3o%20de%20regime%20em%20crimes%20hediondos.doc>> Acesso em: 21.set.08.

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 8 ed. São Paulo : Saraiva, 2002.

DELMANTO JÚNIOR, Roberto. **Desconsideração prévia de culpabilidade e presunção de inocência**. Publicado no Boletim IBCCRIM nº 70 Especial de set. 1998. São Paulo. Disponível em: <<http://www.delmanto.com/artigo09.htm>> Acesso em: 02 set. 2008.

FRANCO, Alberto Silva. **Crimes hediondos**. 5 ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2005.

GOULART, José Eduardo. **Princípios informadores do direito da execução penal**, São Paulo : Revista dos Tribunais, 1994.

HENRIQUES FILHO, Ruy Alves. **Direitos fundamentais e processo**. Rio de Janeiro : Renovar, 2008

KUEHNE, Maurício. **Teoria e prática da aplicação da pena**. 2 ed. Curitiba : Juruá, 1998.

LEITE, Rosimeire Ventura; CANELA, Kelly Cristina. Execução penal : Juízes devem concretizar objetivos da LEP. **Consultor Jurídico**. São Paulo, 28 nov. 2007, Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/static/text/61759,1>>, acesso em 20 set. 2008.

MARCÃO, Renato. **Curso de execução penal**. 2 ed. São Paulo : Saraiva, 2005.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Execução penal**. 11 ed. São Paulo : Atlas, 2004.

MONTEIRO, Antônio Lopes. **Crimes Hediondos** – texto, comentários e aspectos polêmicos. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1992.

SOUZA NETTO, José Laurindo. **Processo penal : sistemas e princípios**. Curitiba : Juruá, 2003.

UBIETO, Emilio Octavio de Toledo. **Sobre el concepto del derecho penal**. Madrid (Espanha) : Universidad de Madrid (Seccion de Publicaciones), 1981.

VEIGA, Marcio Gai. **Lei de Crimes Hediondos**: uma abordagem crítica. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3637>>. Acesso em: 02 out. 2008.